

INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL

TEMA VII Consentimiento Conyugal. Su necesidad o no para: A) Constituir hipoteca por saldo de precio. B) Adquirir un inmueble hipotecado.

Doctrina:

Primera cuestión.

1. Mayoría.

Tesis general.

Es innecesario el consentimiento conyugal para constituir hipoteca en garantía de saldo de precio.

(Opinión de los consejeros Pelosi, Villalba Welsh, Pondé, Martínez Segovia, Solari y Falbo).

Variante.

Para el consejero Pelosi: Con el objeto de evitar eventuales dilaciones en el proceso de ejecución transitoriamente ~ hasta tanto se cree una sólida doctrina jurisprudencial que autorice a sostener lo contrario es aconsejable exigirlo.

2. Minoría.

Debe exigirse el consentimiento.

(Opinión del consejero Yorio, apoyada por los consejeros Ferrari Ceretti y Silva Montyn).

Segunda cuestión.

1. Mayoría.

Tesis general.

No es necesario el consentimiento para adquirir un inmueble con asunción de deuda hipotecaria preexistente.

(Opinión de los consejeros Pelosi, Villalba Welsh, Pondé, Martínez Segovia, Solari y Falbo).

Variante.

Para el consejero Yorio: Es aconsejable que se preste mientras no exista una decisión jurisprudencial (con adhesión del consejero Silva Montyn).

2. Minoría.

Debe requerirse el consentimiento por tratarse de una situación análoga a la constitución del derecho real.

(Opinión del consejero Ferrari Ceretti).

OPINIÓN DEL CONSEJERO AQUILES YORIO

La disposición del art. 1277 del Código Civil reformado establece que es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para gravar los bienes gananciales. cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han dispuesto las leyes en forma obligatoria.

La hipoteca por saldo de precio de compra debe considerarse comprendida en la disposición citada, por reunir dos de los requisitos principales, tratarse de un inmueble ganancial y que debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligatoriamente registrarse, sin tener presente que su administración esté reservada a uno de los cónyuges que establece el art. 1276 Cód. Civil.

La hipoteca es un derecho real con características propias que se rige por disposiciones distintas al privilegio que por el saldo de precio de venta que conserva el vendedor del inmueble.

La falta del consentimiento del cónyuge no adquirente en la constitución del gravamen en el caso de ejecución de la hipoteca podría dar lugar a la oposición de la ejecución fundada precisamente en la falta de su consentimiento; para evitar ese inconveniente es aconsejable cumplir con la exigencia de la ley.

La situación de la adquisición de un inmueble hipotecado no ha sido contemplada en la ley y las opiniones se encuentran divididas, pues algunos sostienen que es necesario el consentimiento y otros que no lo es, en razón de que no se constituye el gravamen, se trata de uno constituido del que sólo el adquirente lo toma a su cargo; sin embargo, en algunos casos puede afectar el patrimonio ganancial; mientras no exista una decisión jurisprudencial es aconsejable que se preste el consentimiento.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

Participo del criterio vertido por el consejero Yorio.

Este Instituto (Ley 17711. Aplicación en la actividad notarial, pág. 93) ha incluido entre los actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges: "la constitución, modificación, transferencia y extinción activa de derechos reales".

La XII Jornada Notarial Argentina de Chaco (Rev. Notarial, N° 78, pág. 1632) también considera necesario que el consorte del comprador que grava el inmueble adquirido con derecho real de hipoteca en garantía del resto del precio que queda adeudando, preste su consentimiento para la constitución de ese gravamen.

No encontramos causal para diferenciar la constitución del derecho real con la aceptación del gravamen ya constituido que pesa sobre el inmueble adquirido.

En ambos casos puede verse comprometido el patrimonio familiar que es lo que la ley 17711 ha querido proteger con las reformas introducidas al régimen de la sociedad conyugal.

La modificación introducida en el art. 1277 exige expresamente el consentimiento de ambos cónyuges para gravar los bienes gananciales cuando se trata de inmuebles, entonces, no alcanzamos a comprender cómo puede afectarse un bien de tal naturaleza o tomar a su cargo un gravamen ya constituido sin el cumplimiento de ese requisito.

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

Para constituir hipoteca en garantía de saldo de precio, es necesario el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentimiento del otro cónyuge. La ley no distingue, habla sólo de constitución de derechos reales. No de mutuo garantido con hipoteca. Para adquirir un inmueble hipotecado no me parece indispensable el consentimiento del otro cónyuge. La ley no exige el consentimiento para comprar, ni al contado, ni a plazo. Sin embargo, hasta que se tenga algún pronunciamiento judicial, sería prudente exigir la conformidad.

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

Doctrina.

1. Para gravar bienes inmuebles con derecho real de hipoteca en garantía de saldos de precio de compra, no es necesario, aunque si transitoriamente recomendable, el consentimiento conyugal.

2. Para la adquisición de inmuebles con reconocimiento de hipoteca preexistente no se requiere el consentimiento conyugal.

I. Cuestiones comprendidas en el caso a estudiar

A fin de establecer conclusiones relativas al tema objeto de análisis, es menester considerar un doble aspecto de cuestiones con relación al texto del art. 1277 del Código Civil; esto es: a) Sistema de interpretación. b) Sistema de aplicación.

II. Sistema de interpretación

La solución estará dada por el método que se adopte.

A) Interpretación estricta o literal.

Aplicando este método, que se caracteriza por el fetichismo al texto de la ley habida cuenta de que el art. 1277 exige el consentimiento de ambos cónyuges para gravar los bienes inmuebles gananciales, debe llegarse a la conclusión que no puede prescindirse de tal requisito, al menos en la constitución de la hipoteca por saldo de precio.

A favor de esta tesis se ha pronunciado el primer ponente consejero Aquiles Yorio y adhieren a ella los consejeros Francisco Ferrari Ceretti y Domingo Silva Montyn. Este último, sin embargo, estima que para adquirir un inmueble hipotecado no es de estricta exigencia el consentimiento del otro cónyuge, temperamento que comparto.

También se inclina por la necesidad del consentimiento el doctor Elías P. Guastavino (ver conferencia publicada en Revista del Notariado, año 1968, págs. 491 y siguientes) porque no se puede gravar el inmueble sin revestir el carácter de propietario.

Asimismo la XII Jornada Notarial Argentina (Chaco, octubre 1968) lo considera necesario, como lo recuerda en su despacho el consejero señor Ferrari Ceretti.

B) Interpretación amplia o funcional.

Al expedirme sobre el tema VI hice notar que me rectificaba de la opinión que había emitido con anterioridad, pues la meditación sobre el particular

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

me había llevado a apartarme de la interpretación estricta para ir más allá del texto y fijar su alcance con criterios teleológicos - objetivos.

Consecuente con esta posición, entiendo que para llegar a resultados seguros y valiosos hay que evadirse del mero juego mecánico de las palabras para buscar la conexión de sentido lógico y sistemático que traduce la voluntad de la norma legal poniendo en función, para ello, todos los elementos que convergen en el proceso interpretativo.

El fin querido por la ley no es otro que proteger el patrimonio familiar en los actos de disposición del cónyuge titular, con relación a los bienes que tienen las características especificadas en el art. 1277 del Código Civil y forman dicho patrimonio al tiempo de la celebración del acto. Por vía del asentimiento, al cónyuge no titular se le brinda el contralor susceptible de evitar que su consorte los liquide o grave con riesgo de los intereses de la sociedad conyugal o, en su caso, del núcleo familiar.

Cuando la hipoteca se constituye en garantía de saldo de precio no se da el supuesto que ha tenido en cuenta el legislador.

En apoyo del criterio que sustentó, creo oportuno citar:

a) La tesis de Borda, quien en la 4ª edición de su Derecho de familia, t. I, pág. 289, expresa que en tal caso el consentimiento no es necesario porque no se trata en realidad de actos de enajenación, no se compromete con el gravamen un bien actual, no hay, por consiguiente, disminución de patrimonio, sino que se utiliza un recurso para hacer posible el aumento de los bienes de los cuales más tarde no podrá disponer el cónyuge administrador, sin el asentimiento del otro.

b) La Dirección General de los Registros y del Notariado de España, en resolución de 15/5/68 tampoco lo conceptúa indispensable, por considerar que importa un negocio complejo pero unitario (ver Revista de Derecho Privado, julio - agosto 1968, pág. 698 y Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 467, julio - agosto 1968, pág. 1035).

Si esta es la interpretación correcta a que debe arribarse para la constitución de la hipoteca por saldo de precio, innecesario es argumentar en contra del requisito del consentimiento para la adquisición de inmuebles que reconocen hipoteca, ya que este supuesto en modo alguno ha sido contemplado por el precepto legal y no es aceptable extender su dominio a situaciones totalmente ajenas a su letra y espíritu. De donde se sigue que, si razonamos yendo de lo simple a lo complejo, sentada esta premisa será más fácil comprender que no se justifica exigir el asentimiento en la constitución de la hipoteca en garantía de precio aplazado.

III. Sistema de aplicación

A) Aplicación teórica.

Manejando los principios a que me he referido y el resultado que proporciona una adecuada hermenéutica, corresponde desechar, por falta de exigencia legislativa, la prestación del consentimiento conyugal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el caso que se ha sometido a dictamen.

B) Aplicación práctica.

Sin embargo, el notario, en el ejercicio de su función, no puede desentenderse de las interpretaciones emanadas del campo de la doctrina y la jurisprudencia y de los perjuicios que puede ocasionar a los contratantes en la hipótesis de que su propio criterio se halle en pugna con tales dilucidaciones.

Con esta juiciosa orientación es valedero aguardar los pronunciamientos judiciales a que se refiere el señor consejero Silva Montyn y que ofrecerían más seguras pautas de actuación.

Es particularmente significativa la observación que ha hecho el señor consejero Yorio acerca de la necesidad de evitar, en caso de ejecución de la hipoteca, que se planteen cuestiones procesales por falta del consentimiento. De ocurrir así, el acreedor se vería expuesto a perjudiciales contingencias en la percepción de su crédito y a una eventual decisión judicial extemporánea que, lamentablemente y aunque fuera sólo por excepción, no puede descartarse.

Esta es la razón por la cual estimo que, transitoriamente y hasta tanto se cree una sólida doctrina jurisprudencial que autorice a sostener lo contrario, es aconsejable recomendar que se requiera el consentimiento del cónyuge no adquirente en la constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles, en garantía de las sumas que se adeuden por saldo de precio.

Respecto a la compra de inmuebles con reconocimiento de hipoteca preexistente, pienso que es tan grande el margen de seguridad en el sentido de que no hace falta el consentimiento, que no cabe la actitud de prudencia señalada.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

Participo de la doctrina sustentada por el consejero Pelosi.

Al emitir dictamen sobre el tema III, relativo a la división de condominio, expresé algunos conceptos que voy a repetir parcialmente en esta oportunidad.

Lo dispositivo es algo que por definición se opone a lo estático, a lo no cambiante. Pues toda vez que se dispone de algo, se producen necesariamente modificaciones de mayor o menor cuantía y de una u otra naturaleza. Disponer importa tanto como producir alguna alteración, tanto como provocar una inestabilidad para a través de ella obtener alguna suerte de cambio. Estas alteraciones o modificaciones, para que tengan carácter dispositivo, deben ser de naturaleza real y no meramente obligacional y debe haber, desde luego, en los sujetos negociales, la intención de provocar tales cambios, como objeto principal de su actividad.

Estas consideraciones me inclinan a pensar que todo hecho voluntario cuyos efectos consistan en modificar la titularidad respecto de un bien o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un derecho o en alterar jurídica o materialmente ese bien o ese derecho o en trocar la causa del título, importa un acto de ejercicio del poder de disponer por parte del titular del bien o del derecho y, por lo tanto, quien lo ejecuta debe necesariamente obrar para obtener tales efectos en la forma prevenida por la ley, vale decir, con el asentimiento del cónyuge si se trata de bienes o derechos gananciales.

A contrario sensu, cuando no se produce alteración ni modificación alguna, no se pone en ejercicio el poder dispositivo y, en consecuencia, no se requiere el acuerdo del cónyuge.

Esto ocurre precisamente en la adquisición de un inmueble ganancial con precio aplazado, cuyo pago se garante con hipoteca. Se trata de un acto complejo, o sea, de una venta con hipoteca y no de una venta y una hipoteca. Quiere esto decir que el negocio jurídico consiste en adquirir un inmueble en determinadas condiciones y es en esas condiciones que se incorpora directamente, originariamente, al patrimonio conyugal. No hay, pues, modificación alguna ulterior. Es en verdad, desde el punto de vista que estudiamos, la misma situación que presenta la compra con asunción de deuda hipotecaria. En ambos casos el bien es adquirido como condición de venta, con una carga - la hipoteca - sin que influya el hecho de que en un caso ya estaba constituida y, en el otro, se constituye coetáneamente con la adquisición.

A los antecedentes citados por el consejero Pelosi en favor de la posición que sustenta y comparto, cabe agregar la resolución dictada el 9 de enero de este año por la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, que aprueba el ilustrado dictamen de Carlos N. Gattari, en el que mediante el arbitrio dialéctico de considerar a la hipoteca en el doble aspecto de fin y de medio, extrae el corolario de que en este último caso no es exigible el acuerdo conyugal (R. N., 1969, N° 782, pág. 119).

Para terminar, quiero decir que no participo de las opiniones de Silva Montyn y Pelosi en cuanto estiman recomendable la exigencia del asentimiento o acuerdo conyugal hasta tanto se cree una sólida doctrina jurisprudencial que autorice a sostener lo contrario.

Estimo, en efecto, que si bien es cierto que esta cuestión pertenece a la esfera del derecho civil y que, en principio, los más capacitados para resolverla han de ser los jueces de este fuero, no es menos cierto que la circunstancia de la aplicación de estas normas dentro de la realidad de la experiencia negocial por parte de los notarios, y paralelamente su acreditada idoneidad para encarar estos problemas con seriedad doctrinal, imponen el deber de dar nuestra opinión sin retaceos. De esta forma habremos de contribuir desde el inicio al esclarecimiento judicial de estas cuestiones y a evitar nuestro criticable hábito de exigir requisitos innecesarios, "por las dudas".

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDÉ

Coincido con la doctrina del consejero Carlos Pelosi, excepto en cuanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que estima transitoriamente recomendable el consentimiento, fijando esa transitoriedad hasta que una firme jurisprudencia aconseje prescindir de él.

Mi coincidencia se apoya en los propios argumentos del consejero Pelosi y en las acotaciones corroborativas del consejero Villalba Welsh. Este consejero hace referencia a un muy buen dictamen de Carlos Nicolás Gattari, aparecido en el N° 782, pág. 119 de Rev. Notarial, con cuyo contenido me solidarizo al par que estimo tan sustancioso que me permito sugerir su anexión a esta carpeta.

Es reconocido que el propósito del ordenamiento legal que encierra el art. 1277 es la protección del patrimonio familiar. De ahí que se requiera el consentimiento conyugal "para disponer o gravar" inmuebles, ya que ambos supuestos crean el evento de una disminución patrimonial. En cambio, no se fija igual requisito para adquirir bienes inmuebles porque se estima que implica aumento del patrimonio. Desde luego que ambas suposiciones son muy relativas en la verdad económica; pero es el soporte doctrinario del art. 1277.

En nuestro país la adquisición de inmuebles es tenida como la típica consolidación económica del grupo familiar. Por cierto que esto es captación de una realidad y explica las restricciones legislativas para disponer o gravar inmuebles, como asimismo la liberalidad para adquirirlos.

Con esa tónica interpretativa de la ley, todo lo que sea adquisición de inmuebles se desenvuelve en plano de liberalidad porque se tiene como enriquecimiento del patrimonio. Opuestamente, enajenar o gravar inmuebles juega en el orden de lo restrictivo, ya que se considera un amenguamiento del patrimonio.

El enfoque liberal de la ley para adquirir inmuebles no se atenúa ni se exalta según que el precio se satisfaga con dinero de contado o de pago aplazado. Simplemente, la ley favorece la adquisición.

Pareciera fácil seguir, entonces, que cuando se compra un inmueble lo sustancial es eso, precisamente la adquisición; y lo accesorio, sin más trascendencia que constituir una modalidad, la manera de pagar el precio.

La hipoteca que se constituye para garantizar el pago del saldo de precio no puede elevarse a jerarquía de acto dispositivo, desde que no pasa de un medio útil para llegar a lo medular del negocio jurídico, que es la adquisición del inmueble. Darle esa categoría nos llevaría al contrasentido de que una figura jurídica accesorio y prescindible perturbaría la incuestionada inspiración liberal de la doctrina del art. 1277.

Por eso, la concepción de hipoteca medio e hipoteca fin a que se refiere Gattari en el dictamen mencionado tiene luminosidad meridiana para quien no se ate a la letra del art. 1277. Y para quienes se aferren a la interpretación gramatical de las leyes, es orientadora la opinión precedente del consejero Pelosi, sin perjuicio de la nutrida bibliografía que hay al respecto y que hace ya largos años que destinó esa forma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interpretativa. Agrego aún que, cuando la ley da lugar a situaciones dubitativas, buscar interpretaciones que choquen con la doctrina que asiste al texto legal, es dar apoyo al negativismo y frenar la evolución del derecho.

Comparto la posición de quienes consideran que la constitución del gravamen hipotecario en garantía del saldo de precio es un complemento accesorio de la modalidad del pago del precio, del que puede prescindirse sin que afecte al negocio adquisitivo. Llego a más. La entrega de dinero como pago de precio es acto dispositivo; pero las variedades posibles de la forma de pago, sea de contado, sea a plazo, con o sin interés, son actos de administración que cooperan a la concreción del acto dispositivo.

No me inquieta la preocupación del consejero Aquiles Yorio por los problemas procesales que pudieran presentarse. Es uno de los tantos posibles y que no debe intranquilizarnos porque bien sabemos que el ingenio que caracteriza la ejercitación de ius postulandi siempre da con fórmulas aptas para procurar demostrar la verdad como la inexactitud. Por el contrario, me inquieta sí, que seamos tibios, que retaceemos una guía ilustrativa que pueda orientar al juzgador, en lugar de aguardar que él nos diga cuál puede ser la interpretación.

En cuanto a requerir el consentimiento conyugal para la adquisición de un inmueble ya gravado con derecho real de hipoteca, estimo que no resiste ni aún la tesis de los volcados a la interpretación literal de la ley, ya que el art. 1277 dice "gravar" y en este caso se trataría de inmueble ya "gravado".

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA

Ya he emitido opinión, en sesión de Ateneo, en el sentido de que no es necesario el consentimiento conyugal para constituir hipoteca por saldo de precio. Menos aún lo es, a mi juicio, para adquirir un inmueble hipotecado.

Los argumentos dados entonces, que hoy ratifico, son los siguientes:

a) Hasta antes de la reforma se consideraba que quien adquiría un inmueble y se obligaba a gravarlo con hipoteca por saldo de precio no hacía un acto de disposición que pudiera afectar a sus acreedores y, por lo tanto, no se requería (ni se requiere) certificado de inhibición por el nombre del adquirente.

Así se respondió la consulta registrada en R. del N., 1954, pág. 672:

"El consultante pregunta también si es necesario solicitar certificado de inhibición por el comprador en el caso de otorgarse escritura de hipoteca por saldo " de precio a favor del comprador.

". Por un principio de lógica, y teniendo en cuenta que la compra de un bien " aún con constitución de hipoteca simultánea, acrecienta el patrimonio del adquirente, no corresponde solicitar certificado de inhibición por el comprador, pues con " la celebración del acto no se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjudican en modo alguno los intereses de los terceros, por el contrario, quedan asegurados.

"Por las razones expuestas cabe hacerle saber al consultante que en el caso " no está obligado el escribano a solicitar certificado por el comprador".

Tiene distinta solución en esta consulta y en la práctica general el caso de que la hipoteca se constituya a favor de un tercero. Allí se exige el certificado de inhibición por el comprador. Esta distinta posición se basaría en la circunstancia de que el bien entra al patrimonio del hipotecante libre de ese gravamen.

La consulta alude a varias acordadas del Tribunal de Superintendencia, cuyos argumentos no tengo para compulsar.

La misma razón que hace prescindir del certificado de inhibición justifica que no se exija la concurrencia del otro cónyuge. El patrimonio conyugal se acrecienta, no se disminuye, con la entrada del bien y si la compra no está sujeta al requisito del asentimiento conyugal, tampoco debe estarlo el acto de gravar. Es congruente interpretar que el legislador no ha contemplado este caso y se ha referido al gravamen que disminuye el patrimonio conyugal, para dar oportunidad al cónyuge a controlar el empleo del dinero recibido en préstamo o la obligación en cuya garantía se grava el inmueble ganancial.

b) La compra de un inmueble a crédito comporta la obligación de dar al vendedor las garantías necesarias en amparo de su crédito. Por lo tanto si el cónyuge puede pactar libremente la adquisición en el boleto de compraventa y es una condición de dicho boleto, y no del pacto verbal previo, la reserva de esa garantía no puede, luego, sujetársela a un requisito que agrega al pacto una voluntad más que puede no ser concordante. El bien que acrecienta el patrimonio conyugal entrará a dicho patrimonio si se cumple el requisito impuesto de garantizar al vendedor. Es decir, no será "bien ganancial" hasta que se lo haya comprado e hipotecado.

c) El requisito del asentimiento conyugal para "gravar" está relacionado con la exigencia de que haya un bien ganancial libre en el patrimonio y se lo quiera disminuir con un acto como la hipoteca que se ha calificado de acto de enajenación o de disposición.

d) Cuando se hipoteca es porque se recibe un préstamo (en regla general, sin desconocer que hay hipotecas para garantizar otras obligaciones) y el cónyuge debe controlar el empleo del dinero. Se ha dicho que el asentimiento se pide siempre que un bien inmueble o registrable se convierte total o parcialmente en dinero (enajenación o gravamen) y el legislador ha querido dar al cónyuge la oportunidad de controlar esa alteración de la composición del patrimonio conyugal.

Ninguno de los dos supuestos de los puntos c) y d) se da en el caso de la hipoteca por saldo de precio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) Si bien no está autorizada en nuestro derecho la hipoteca de propietario, que permitiría el gravamen previo por el enajenante, puede sostenerse que el bien entra gravado al patrimonio conyugal. Entra sujeto al privilegio, el del acreedor por saldo de precio, el que se refuerza reconociéndole el privilegio del hipotecario.

f) El doctor Elías P. Guastavino ("Modificación al régimen jurídico conyugal", R. del N., 1968, pág. 516) piensa que debe requerirse el consentimiento conyugal, pero, no obstante (pág. 501) considera que "puede estimarse que el espíritu de la ley ha sido, más que deducir una consecuencia lógico - jurídica de capacidad femenina y más que aspirar a una cohesión conyugal en la gestión del patrimonio común, el de prevenir el fraude en las relaciones pecuniarias entre los esposos. Como medida preventiva del fraude, constituye una innovación inspirada en el fin de lograr seguridad en las relaciones jurídicas, aún a costa del dinamismo del tráfico patrimonial y a costa - lo que puede ser de mayor entidad - de suscitar situaciones conflictivas".

Estimo que esa interpretación de la finalidad de la reforma "prevenir el fraude" es una acertada guía que nos ha dado el distinguido estudioso para estudiar y dilucidar los casos de duda y requerir o no dicho asentimiento conyugal. Y sobre esa base pienso que no es necesario el consentimiento, en el caso de las hipotecas por saldo de precio por no existir peligro de fraude.

El argumento del fraude como razón de la ley y el peligro de fraude como elemento interpretativo para los casos dudosos, puede hallar su fundamentación en los arts. 1295 a 1298 del Código Civil, en especial el art. 1297 y 1298. Los remedios contra los actos ejecutados en fraude se sustituyen por normas de previsión de fraude antes de su ejecución. Pero donde no hay peligro de fraude no hay razón para prevenirlo.

g) El régimen de separación de responsabilidades consagrado por los arts. 5º y 6º de la ley 11357, que sobreviven a la reforma, es suficientemente claro para descartar todo interés en el cónyuge no adquirente. La hipoteca por saldo de precio no compromete los bienes propios ni los gananciales del cónyuge no adquirente, ni las rentas de esos bienes propios y gananciales.

Reitero, entonces, que en ninguno de los dos casos del tema es necesario el consentimiento o asentimiento del cónyuge y adhiero a la opinión del consejero Pondé en el sentido de que debe implantarse este criterio desde ahora en la práctica notarial. Considero que la ausencia del consentimiento no puede ser objeto de rechazo por el Registro, como está ocurriendo (art. 9º, inc. a], ley 17801) ni está dentro de la "legalidad de las formas extrínsecas" (art. 8º) que da lugar a la inscripción provisional (art. 9º, inc. b]). Se trata de un problema de derecho sustancial que es de competencia de los jueces decidir.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Su tesis: No es necesario el consentimiento conyugal para constituir hipotecas por saldo de precio. Ni para comprar inmuebles ya gravados.

Debo reconocer que mi criterio ha cambiado. En un primer momento la letra de la ley guió mi pensamiento. Consideré que si el art. 1277 exige el consentimiento para gravar un inmueble, es inútil darle vueltas y tratar de hallar argumentos para prescindir de aquél. Así lo dije y repetí.

Ahora pienso distinto, porque una nueva idea ha venido a mi mente. En efecto; no es novedad decir que la constitución de hipotecas en garantía de saldos de precios tiene muy poca virtualidad jurídica y son razones secundarias las que determinan que en la contratación hipotecaria se siga practicando el sistema, como si fuera indispensable para la protección del vendedor en cuanto a la cobranza de la parte de precio que resta impaga al escriturar.

Tampoco es novedad que los escribanos que tenemos unos cuantos años de actividad, en más de una ocasión hayamos aceptado o aconsejado no constituir hipotecas en garantía de saldos de precio dadas las circunstancias especiales y de hecho del caso. Y nunca, por lo menos yo, al quedar el vendedor impago y transmitir el dominio, hemos estimado que su crédito corría más riesgo que si se lo hubiera garantizado con hipoteca.

Es que, como todos sabemos, el Código Civil acuerda privilegio al vendedor impago. En su art. 3923 expresa: "El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlos del comprador o de terceros poseedores". Según se ve, este precepto se refiere a los casos en que el vendedor "no ha dado término", que no es exactamente el problema que tratamos, desde que, este último está referido a "saldos de precios", lo que conlleva la idea de que "se ha dado término", por lo menos para una parte del precio.

Pero a parecida solución arriba el art. 3924: "El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago o fiádose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder del deudor. . . "

En la nota a este último artículo, el codificador explica: "El vendedor ha puesto el inmueble en el patrimonio del deudor antes de recibir su valor. Si fuese preferido sobre el precio por otro acreedor, éste se enriquecería a su costa..."

Mucho cabría agregar en cuanto al privilegio de los vendedores, si ese fuera el tema en discusión; así, por ejemplo, la distinción entre los derechos reales y los privilegios ; la necesidad o conveniencia de inscribir los privilegios; si el privilegio sigue contra los terceros adquirentes; el problema del concurso y la hipoteca (artículo 3938), etc. Pero estimo que no viene al caso entrar en esta temática.

Para apoyar mi idea de la innecesidad del consentimiento me parece bastante el argumento que dejo expuesto y que podría resumir así: la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipoteca constituida por saldo de precio es, para la ley de fondo, intrascendente. No da al acreedor más derecho que el que tenía por su sola y simple condición de vendedor impago. Repitiendo una expresión ajena, pero muy gráfica, es algo así como una superfetación jurídica. Consecuentemente, el cónyuge que adquiere a plazo y constituye el gravamen no hace ninguna "concesión" de derechos en favor del vendedor; ante la falta de pago, la suerte del inmueble será la misma esté hipotecado o no.

En el aspecto procesal, es decir ante la posibilidad de ejecución del saldo de precio por su falta de pago, convengo en que pueden existir algunos matices diferentes según que haya o no hipoteca. Pero en cualquiera de los dos casos, será juicio ejecutivo; y además, las cuestiones procesales poco deben contar para la dilucidación del problema.

Lo decisivo, a mi parecer, es que la protección de los intereses conyugales, finalidad exclusiva del sistema del consentimiento, no estará soslayada por el hecho de garantizar con hipoteca el saldo de precio, puesto que los derechos del vendedor serán prácticamente los mismos, aunque no medie la hipoteca. Para mí, repito, esto es lo decisivo.

Mi argumento podría llevar a una conclusión insólita cuando al adquirir el inmueble la hipoteca existe y el comprador la toma a su cargo. Porque, si el vendedor (sin hipoteca en su favor) pierde su privilegio cuando el inmueble pasa a poder de terceros (art. 3924) la asunción de la deuda hipotecaria por parte del adquirente significa para el vendedor continuar con una garantía que ya no tendría como acreedor por saldo de precio en razón de que su privilegio como tal termina, según decimos, al no hallarse el bien en poder de su primitivo comprador.

Pero creo que aquí tampoco debe ser necesario el consentimiento, sencillamente porque la ley sólo lo requiere para "gravar". Y en derecho, a las palabras debe dárseles su significación jurídica. Quien compra un inmueble gravado no "grava". Salir de esta idea simple, para extender la protección de los cónyuges a zonas en las cuales no ha entrado la ley, es demasiado riesgoso. Por encima de todo, tampoco se advierte cómo podrían lesionarse los intereses conyugales en los casos diarios en que se vende un inmueble con una hipoteca preexistente, que el comprador toma a su cargo "reservándose, en consecuencia, el importe de la deuda hipotecaria para atender oportunamente su pago", como suele expresarse comúnmente en las escrituras.

Aunque no es el tema presente, llego a más; porque considero que mi fundamentación es aplicable también a los casos en que el inmueble es adquirido total o parcialmente con dinero que al efecto presta un tercero. Desde que el art. 3927 asimismo confiere privilegio a este tercero, su situación, en función de garantía, es similar a la del vendedor impago, por lo que las soluciones deben ser iguales.

Lo fundamental es que el cónyuge que no ha prestado su consentimiento para que el otro cónyuge grave el inmueble, si impugnara la hipoteca, y eventualmente tuviera éxito, no podría evitar la ejecución de la deuda, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

igual procedimiento ejecutivo, desde que la anulación del gravamen no significaría la anulación de la deuda, cuya cobranza seguiría adelante. Y el nuevo Código Procesal con sus penas para los litigantes que plantean seudas defensas procesales para dilatar los juicios, serán, a no dudarlo, un buen freno para este tipo de especulación.

Por distinta vía llego a igual conclusión que los consejeros Pelosi, Villalba Welsh, Pondé y Martínez Segovia en la innecesidad del consentimiento para gravar en garantía del saldo de precio, ni para adquirir inmuebles, ya gravados. Para esto último disiento con Pelosi, en que cuanto piensa que transitoriamente es recomendable el consentimiento.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

Doctrina:

I. La hipoteca que se constituye en garantía de pago del saldo del precio de la compra de un inmueble, no requiere el consentimiento que establece el art. 1277 del Cód. Civil.

Fundamento

La hipoteca que se constituye en garantía de pago del saldo de precio no tiene eficacia independiente (es decir, como negocio autónomo), sino de la fusión orgánica e inescindible (nexo causal) que resulta de la compraventa cuando el precio, de acuerdo a lo convenido por los contratantes, no ha sido satisfecho en su totalidad.

Se trata de uno de los supuestos que la doctrina denomina negocios complejos (Betti, pág. 217; Cariota Ferrara, pág. 142), que la Dirección General de los Registros y del Notariado de España considera de aplicación al caso, tal como lo pone de manifiesto el consejero Pelosi en el párrafo b, cuestión II, capítulo B de su informe.

II. La adquisición de un inmueble con reconocimiento de hipoteca preexistente, tampoco requiere dicho consentimiento.

Fundamento

Interpretamos que el consentimiento uxoris que requiere la ley es un "asentimiento de control" como lo interpreta Roca Sastre (Suplemento al derecho hipotecario, pág. 83, Barcelona, 1960) y el mismo no tiene razón de ser para aplicarlo al supuesto examinado.

En resumen, nuestra opinión respecto a estas cuestiones coincide con la que expresan los consejeros Villalba Welsh, Pondé, Martínez Segovia, Solari (en cuanto a sus conclusiones) y Pelosi (sin la limitación que aconseja para el primer supuesto), y adhiero a las mismas.